

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL

JURISPRUDENCIA PENAL

Maite Alvarez Vizcaya

Universidad Carlos III de Madrid

DERECHO A UN PROCESO PÚBLICO SIN DILACIONES INDEBIDAS

(Sentencia de 11 de febrero de 1993)



L artículo 24.2 de la Constitución proclama «el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», como igualmente se declara en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al afirmar que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable» y en el artículo 14.3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York al disponer que «toda persona tiene derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas».

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala ha venido reafirmando tal derecho constitucional como son exponentes las Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1985 y 133/1988, en las que se declara el

«derecho a un proceso que se desenvuelva en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción». Y la Sentencia de esta Sala de 26 de junio de 1992 expresa que «el examen de la causa patentiza la excesiva duración del procedimiento —próxima a los trece años—, sin que la complejidad de los hechos o la conducta o actitud del acusado frente al mismo justifique o explique tan notoria dilación que infringe tan notoriamente el derecho, constitucionalmente consagrado en el artículo 24.2 a un proceso sin dilaciones indebidas». El Tribunal que juzga más allá de un plazo razonable, cualquiera que sea la causa de la demora, incluso por carencias estructurales que surgen con el aumento del número de causas, está juzgando a un hombre —el acusado— distinto en su circunstancia personal, familiar y social y la pena no cumple ya o no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y de rehabilitación o reinserción social del culpable que son los fines que la justifican».

Los criterios a tener en cuenta para determinar si se han producido o no dilaciones indebidas pueden ser variados recogiendo como tales: *a)* La naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; *b)* Los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; *c)* La conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; *d)* El interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, y *e)* la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles.

Los efectos que se han considerado como pertinentes cuando consta una dilación que puede reputarse excesiva o indebida han sido diversos, si bien esta Sala se ha inclinado, no sin excepciones, por la aplicación del beneficio del indulto para mitigar las consecuencias de la lesión de tal derecho constitucional.

En el supuesto que se examina, los hechos enjuiciados acaecidos de septiembre a noviembre de 1983, incoándose diligencias penales en septiembre de dicho año. Así las cosas y habida cuenta de que el proceso no presentaba especial complejidad (delito de desacato a la autoridad fuera de su presencia) ni se ha producido situación excepcional imputable al acusado, no resulta justificado que el Tribunal de Instancia dictara Sentencia el 17 de septiembre de 1990.



DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO

Nulidad por falta de asistencia del Secretario Judicial, existencia de prueba, declaraciones del acusado (Sentencia de 15 de febrero de 1993)

Ha de quedar constancia, primero que el acusado es adicto a las drogas, por consumo habitual de las mismas; segundo que la entrada y registro se realizó sin asistencia del Secretario Judicial, diligencia en la que se encontraron al acusado catorce gramos de cocaína y poco más de diez gramos de hachís, sin más especificaciones en cuanto a la composición y calidades; y tercero que al margen de las pruebas obtenidas en el registro domiciliario, el propio acusado reconoció, a presencia judicial y con asistencia de Letrado, que en su vivienda entraban numerosas personas a las que invitaba, a veces, a una raya de la droga reseñada.

Es cierta la discrepancia, ya atenuada, que en esta Sala Segunda existe a la hora de valorar los efectos que se producen si en la diligencia de entrada y registro no concurre el Secretario Judicial, discrepancias que en el entorno de la legislación actual (artículo 569 procesal modificado por la Ley de 30 de abril de 1992) ya han desaparecido desde el momento en que el nuevo texto admite la delegación en un Policía judicial o en otro funcionario público o que haga sus veces.

Con anterioridad a la reforma, y los hechos ahora enjuiciados abarcan tal período, una primera postura establece que tal ausencia sólo significaba una irregularidad procedimental, sin otra transcendencia jurídica, porque ello no implicaba la vulneración de derechos fundamentales, de manera que ante la falta de autenticidad (que se obtendría, obviamente, si el Secretario Judicial hubiere estado presente), se precisaba acudir, complementariamente, a otras pruebas como podían ser los datos objetivos que la diligencia ofreciera dentro del contexto de las declaraciones de testigos cualificados, y presenciales de los hechos (por ejemplo los funcionarios de la Policía) ante los Jueces en la vista oral. El Tribunal Constitucional señalaba que el efecto invalidante de tal prueba debe provenir de la vulneración de derechos fundamentales y no de los incumplimientos de normas ordinarias cuya finalidad primaria no es la protección de éstos sino la información a los efectos de la legalidad del procedimiento.

Otra postura (que ha ido ya imponiéndose de manera concluyente) advierte que esa ausencia supone prescindir total y absolutamente de normas esenciales, con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, a la vez, con manifiesta indefensión de parte. En esa idea, y sobre la base quizás de distinguir entre la constitucionalidad y la legalidad formal, cuanto se derive de la diligencia ha de considerarse inexistente (artículos 11.1 y 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), defecto radical que impide la subsanación de la prueba por considerar atinentes a testigos presenciales o a datos objetivos ya espúreos.

Sin embargo, no hay pruebas reinas en el proceso penal, no hay pruebas exclusivas o excluyentes que impidan la valoración, la libre valoración de otras por parte de los Jueces.

En el supuesto de ahora hay otras actuaciones, que nada tienen que ver con la diligencia de entrada y registro, justificativas de la tesis condenatoria. Así las declaraciones del propio acusado y también esa prueba indiciaria que válida legítimamente asume la Audiencia para estimar desproporcionada la relación «fuentes de ingreso por el trabajo profesional y relación de gastos imprescindibles».

Sólo podría argumentarse, de contrario, que la donación no está inmersa en el tipo penal. Al respecto es reiterada la postura de la Sala Segunda. La donación, la cesión gratuita, la entrega desinteresada o la dación incondicional de la droga a un tercero implican el tráfico que el artículo 344 acoge como una de las manifestaciones no del período de fabricación sino del de distribución, medio en fin para favorecer, facilitar o promover.

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA RECONOCIDOS POR LAS LEYES

Detención ilegal (Sentencia de 19 de febrero de 1993)

Los derechos fundamentales y, entre ellos, la libertad individual a que hace referencia el artículo 17.1 de la Constitución, son, de una parte, derechos de resistencia frente al Estado, y, de otra, representan la materialización de un orden objetivo de valores que han de respetar todos los ciudadanos. La libertad de movimientos, en sí misma considerada, como valor objetivo que acompaña y secunda a la persona humana, encuentra su tutela, y ciertamente en términos rigurosos, en los artículos 480 y siguientes del Código penal.

En tanto que en los artículos 184 y concordantes se pretende la tutela penal de la libertad personal frente a la actuación arbitraria del funcionario público que, ostentando la facultad y obligación de practicar detenciones, no se ajusta a los términos de la legalidad vigente en su realización, desoyendo las garantías de las que la Ley hace mérito, definidoras de la legitimidad de la detención y a cuya protección propende la norma punitiva. Se protege la libertad ambulatoria y se tutela el control judicial de los actos de privación de libertad realizados por los funcionarios del orden administrativo. Ello a fin de que sus decisiones sintonicen con las previsiones legales justificativas de la restricción de libertad acordada en ciertos y determinados supuestos no susceptibles de interpretación extensiva. El bien jurídico protegido en estos delitos, cual fundadamente se ha resaltado, radica en la libertad de movimientos como límite del poder y el estatuto de esa libertad en la relación Estado-ciudadano.

Al castigarse en el artículo 184 del Código penal al funcionario que practicare ilegalmente cualquier detención —perfección instantánea y efectos permanentes— habremos de acudir a fuentes extrañas al Código penal en orden a adquirir certeza sobre los requisitos que condicionan y legitiman aquélla, completando de esta forma la descripción típica determinante de la conceptualización legal o ilegal de una concreta detención. En definitiva, nos hallamos ante un tipo penal en blanco o precepto penal de naturaleza incompleta, ya que sin el recurso complementador de otras disposiciones, fundamentalmente procesales, no será posible llegar al dictado definitivo acerca de la índole de la detención consumada, su justificación y razonabilidad, o, por el contrario, su arbitrariedad o reprochabilidad. Todo ello conecta con el mandato alumbrador del artículo 17.1 de la Constitución al prescribir que nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observación de lo establecido en este artículo, en los casos y en la forma previstos en la Ley. Los artículos 490 y 492 de la Ley Procesal Penal son perfectamente ilustrativos al respecto, imponiendo al agente de la Policía judicial la obligación de detener, entre otros casos, al que intentare cometer un delito, en el momento de cometerlo, así como al delincuente *in fraganti*. El artículo 496 vela por la rápida puesta a disposición de la autoridad judicial del sujeto detenido, disponiendo que el particular, autoridad o agente de policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los artículos precedentes, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma. Si demorase la entrega, incurrirá en la responsabilidad

que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas. Según el artículo 17.2 de la CE, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. En la antinomia deberá prevalecer el texto constitucional, pero bien entendido que se trata de un plazo máximo, ya que la detención no podrá durar más del tiempo necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.

La ilegalidad de la detención ha de entenderse referida fundamentalmente a la inexistencia de supuestos que la justifican, a la prolongación de su *status* más allá de ese máximo tiempo permitido, sin la puesta a disposición de la autoridad judicial correspondiente, con la advertencia, respecto a lo primero, que ha de ser entendido con criterios de racionalidad y ponderación, sin tratar de llevar a este estadio preliminar y antejudicial el rigor y técnica enjuiciadora de los hechos que el Juez o Tribunal pondrá a contribución al término del procedimiento, con vista al bagaje probatorio que se disponga. Ha de observarse que, a tenor del artículo 492.4 de la Ley ritaria, se impone la obligación de detener a una persona cuando la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él. La conducta del funcionario podrá conceptuarse como dolosa siempre que posea un conocimiento real o actual de los supuestos integrantes de la ilegalidad de la conducta, y, pese a ello, proceda a efectuar la detención; pero sin exigirse una valoración jurídica de los mismos que le asegure su tipicidad ni una certera persuasión de la participación ejecutora del sujeto. De ahí que se haya hablado del delito de detención ilegal como «intrínsecamente doloso», necesario de un dolo específico, presentándose la privación de libertad realizada como inmotivada, arbitraria o abusiva, atendidas las circunstancias del caso. Se resalta doctrinal y jurisprudencialmente la necesidad en el autor de una actitud subjetiva de abuso secundando al dolo, dolo específico de este delito constituido por la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el agente funcionario público de que la detención que ordena o realiza es ilegal, es decir, que el acto es antijurídico en su inicio, realización y ejecución.

Partiendo de la normativa expuesta acerca de la obligación de los agentes de la policía de detener a cualquier persona que intentare cometer un delito en el momento de detenerla y, también, al delincuente *in fraganti*, el hoy recurrente realizó una conducta de reiterada desobediencia a las indicaciones de los agentes de la autoridad, al negarse a retirar el vehículo del lugar



en que se encontraba estacionado, lo que, posteriormente, ya a la llegada de la grúa municipal, se convirtió en abierta resistencia pasiva, al pretender introducirse en el automóvil para impedir que fuese movido del lugar. Todo lo cual entrañaría *prima facie* una actitud delictiva, bien como desobediencia grave o como resistencia, que obligó a los Policías locales a detener al querellante para identificarle en Comisaría y denunciarlo, sin que en dicho lugar se le instruyera de sus derechos, ya que quedó en libertad, al entender que los hechos podían tratarse de una falta, como lo acredita la remisión de las diligencias al Juzgado de Distrito de Guardia, y estar prohibida la detención por las mismas, conforme al artículo 495 de la Ley Procesal. Los Policías tuvieron motivos bastantes para pensar, en principio, que se hallaban ante un comportamiento delictivo justificativo de la detención. El sereno enfoque en Comisaría de los hechos inclinó la determinación policial hacia su conceptualización como falta y consiguiente inmediata libertad del detenido. Ello zanjaba todo trámite formal subsiguiente, impuesto de ser mantenida la detención. Fundada la razón y legalidad de la detención, cualquier supuesta irregularidad sobrevenida reportaría la carencia de valor de la diligencia posterior practicada que nunca podría perjudicar al afectado.

INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO: VULNERACIÓN INEXISTENTE

Entrada en portal o zaguán sin mandamiento judicial (Sentencia de 26 de febrero de 1993)

Es cierto que el artículo 18.2 constitucional ampara uno de los derechos fundamentales más trascendentes, el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Y cierto también que su presunta vulneración obliga a considerar cuanto en la Ley Procesal Penal se dice respecto del lugar donde se vive, habita, trabaja o se ejerce cualquier derecho legítimo.

El artículo 547 de la norma procesal penal trata de los edificios o lugares públicos, y entre ellos de los que estuvieren destinados a reunión o recreo, con más, como supuesto residual, cualesquiera otros edificios o lugares que no constituyeren domicilio de un particular conforme al artículo 544. En el supuesto ahora impugnado se señala que el lugar donde la Policía encontró ventiuna papelines de heroína y una de cocaína (dentro de una

funda de gafas) es un pequeño cuarto de la planta baja que siempre se encuentra con la puerta abierta, ubicado en el zaguán o patio de la casa, en edificio de distintos pisos.

El domicilio de la persona, como ciudadano/a, constituye aquel lugar, más o menos cerrado que se destina, total o parcialmente, a la habitación de cualquier residente y de su familia, según se desprende del artículo 550 de la LECrim.

El domicilio es inviolable porque en sí supone lo más íntimo y lo más sagrado de la persona. El domicilio es ese arcano secreto, sólo a su titular perteneciente, base natural para en él desenvolver la máxima proyección de su «yo», de sus intereses, de sus gustos y apetencias, de sus vivencias en suma. Es también, y en conclusión, el punto de partida en el desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad jurídica en todos los sentidos. El pequeño ámbito territorial y físico, si se quiere, constitutivo del domicilio va íntimamente unido a la persona porque ésta es la única dueña y señora del mismo, porque en él ejerce, con exclusividad y sin mácula alguna, su dominio y señorío. Es un espacio limitado que el propio sujeto elige para quedar inmune a las agresiones exteriores vengan de quien vengan. Su inviolabilidad garantiza el ámbito de privacidad de la persona.

El domicilio ha de ser interpretado en el más amplio significado. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1989 indica que hay, *prima facie*, un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo. Domicilio fijo y habitual, o domicilio accidental o transitorio, porque también en lo eventual encuentra asiento cuanto se viene exponiendo anteriormente.

Sólo por mandamiento judicial o por consentimiento voluntario de los interesados puede dejar de ser inviolable el domicilio, salvo en los demás supuestos excepcionales señalados por la norma: mandamiento de prisión, caso de flagrante delito, bandas armadas o terrorismo en supuestos urgentes, y persecución inmediata por los agentes de la autoridad al que se oculta o refugia en alguna casa.

La vigente Ley de Seguridad Ciudadana de 21 de febrero de 1992, además de remitirse como no podía ser menos a la Constitución, contempla otra posibilidad de entrada domiciliaria sin previo mandamiento cuando, en materia de drogas y estupefacientes, tratándose de delitos flagrantes, la Policía tenga conocimiento fundado de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que el Código establece en cuanto a tales drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que la urgente intervención

sea necesaria para impedir la consumación del delito, para evitar la huida del delincuente o para evitar la desaparición de los efectos e instrumentos del delito. Dato aclaratorio importante, aunque la disposición sea posterior a la ocurrencia aquí enjuiciada.

El habitáculo que es objeto comparativo de cuanto se está diciendo no es, pues, domicilio particular obviamente, mas tampoco puede ser edificio público, ya que cualquier argumentación jurídica que en tal sentido sea hecha ha de partir de unas estructuras físicas mínimas, extensión en metros cuadrados, ubicación o destino y utilización del mismo.

En conclusión, esa pequeña habitación, como parte integrante del zaguán o portal de la vivienda, no precisa de mandamiento de entrada y registro. Otra cosa sería, o al menos daría lugar a distintas consideraciones, que se tratara de la portería o sede de la portera de tal edificio.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Diligencia de reconocimiento en rueda (Sentencia de 2 de abril de 1993)

El recurrente junto con otro acusado fueron condenados por un delito de robo con violencia e intimidación en base a la declaración prestada por el perjudicado, que primero reconoció a los presuntos atracadores, en la correspondiente diligencia en rueda practicada y llevada a cabo sin presencia de Letrado, y después ratificó su contenido ante el Juez, si bien posteriormente dejó de comparecer en la vista oral a pesar de aparecer propuesto por la acusación pública como único testigo de cargo.

Comoquiera que los acusados negaron siempre su participación en los hechos acaecidos, solamente resulta ser aquella la única diligencia probatoria existente en las actuaciones.

El motivo alegado se apoya en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para denunciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que se contiene en el artículo 24.2 de la Constitución porque, se afirma, ni el reconocimiento en rueda fue correcto desde el punto de vista de la legalidad ni el único testigo existente quiso someterse a la contradicción, la oralidad y la inmediatez que la celebración de la vista oral supone.

El reconocimiento en rueda, como medio de identificación no exclusiva ni excluyente, es aquel acto procedimental que va destinado y dirigido a la identificación de la persona supuestamente responsable del hecho delictivo, diligencia evidentemente inidónea en el plenario porque su desarrollo y ejecución resultaría ya imposible.

Se trata, en suma, de una diligencia que pretende la averiguación de la verdad a través de tal reconocimiento siempre que ofrezca dudas la autoría del hecho, lo que naturalmente que puede lograrse por otras pruebas distintas del reconocimiento en rueda, tales la propia confesión del interesado o la identificación, *in situ*, durante el plenario, por medio de un acto singularmente atípico distinto del que minuciosamente se regula en los artículos 369 y 370 de la Ley Procesal Penal, lo que en definitiva viene a evidenciar que las pruebas desarrolladas en el juicio oral tienen singular relieve dadas las notas de verosimilitud, veracidad y amparo constitucional que aquéllas adquieren a la luz de los principios básicos del proceso, la publicidad y la inmediación entre ellos.

Ahora no ofrece duda alguna que la diligencia de reconocimiento en rueda fue incorrectamente realizada, puesto que al no estar presente Abogado alguno se vulneró lo dispuesto en el artículo 520.2, c) de la LECrim, a lo que ha de añadirse que el testigo identificador, único existente en todo el proceso, no compareció al plenario, con lo que no pudo adquirir tal diligencia, en el supuesto de que inicialmente hubiérase practicado en legal forma, toda su validez y eficacia, porque se privó a las partes de la posibilidad de someter su manifestación a la contradicción de los demás intervinientes.

La vista oral no versa sobre la identificación del inculcado como objeto de la acusación, sino sobre su culpabilidad o inocencia. En el supuesto que nos ocupa no se ha practicado en el plenario actividad probatoria de cargo, de ninguna clase, ya que no concurrió testigo alguno, y los acusados negaron su participación, con lo que la condena se fundó exclusivamente en la identificación del inculcado efectuada en el reconocimiento en rueda, puesto que la posterior declaración de la víctima ante el Juez no fue ratificada convenientemente en el juicio oral, y carece de sentido pensar que la declaración del perjudicado, en la fase instructora, configure una prueba anticipada y preconstituida de imposible reproducción en la vista oral por su presunto carácter irrepetible.

Además, y finalmente, siguiendo un razonamiento lógico y racional, ese reconocimiento en rueda carece de base legal incriminatoria, como se

viene señalando, por haber nacido, por si lo anterior fuera poco, viciado de plena nulidad sin posibilidad de subsanación posterior.

EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO

Policía que hiere en el cuello a delincuente que huye (Sentencia de 7 de mayo de 1993)

Consta que el agente tenía encomendada la custodia del sujeto pasivo, que éste estaba condenado por un delito grave y de sangre —homicidio—, que estaba condenado en Sentencia firme y reciente a 18 años de reclusión menor. Ahí está, pues, el deber de impedir el quebrantamiento de esa condena. Hay más, el penado se autolesionó, lo que originó su hospitalización, y no es ya mera presunción el que lo hizo para facilitar la fuga que, efectivamente, llevó a cabo en el hospital; de su voluntad y peligrosa eficacia habla significativamente la fractura de la reja del baño y el escaló desde un cuarto piso, lo que prueba la capacidad conservada tras la autolesión y la voluntad firme de quebrantar la condena, asumiendo todos los riesgos de ello derivados. Así se infiere sobradamente de toda su conducta. No cabe duda del deber del policía de impedir esa fuga que quebranta la Ley y podía ser un riesgo grave para la seguridad pública, y mostró su respeto a la dignidad humana no accediendo al baño sino pasado un tiempo prudencial de su uso y su celo al localizar al fugado y perseguirlo en caliente en la calle, incluso recurriendo al auxilio de un vehículo particular.

Lograda la captura del evadido exteriorizó su ánimo intimidatorio exhibiendo su arma reglamentaria para reconducir a aquél a su reclusión; la pérdida de los grilletes durante su persecución, accidente comprensible, impidió asegurar con ellos al preso. Y éste, desdeñando la intimidación del arma, en un momento dado emprendió la huida a la carrera, saltó una valla, se lanzó por un terraplén, etc. Así lo describe el *factum*. Como también que el policía, en su seguimiento sufrió un esguince, dio voces de alto, y hasta le apercibió que iba a disparar. Es decir, agotó todos los medios disuasivos previos al uso del arma, sin resultado.

En esa situación extrema en la que por su torcedura no podía competir en la carrera, hizo un disparo, cuya intención sólo intimidatoria recoge la

Sentencia y debido a lo accidentado del desnivel y a la trayectoria irregular que describía el individuo para desenfilarse por el terreno le alcanzó, sin proponérselo, en el cuello.

Sin duda, movidos en el fondo por las secuelas graves de la herida, se buscó en la Sentencia una base punitiva para la indemnización civil, y así se valoró el uso del arma como no absolutamente proporcionado. Y para ello se recurrió a suposiciones de tan discutible fundamento práctico como que se pudo reclamar y esperar refuerzos o que dada la insularidad (los hechos tuvieron lugar en la isla de Tenerife) la evasión a la larga ya se habría impedido, mera suposición de escaso fundamento. Y prescindiendo, por supuesto, de las previsibles consecuencias disciplinarias para el custodio responsable de ese claro deber de impedir la fuga. Estos argumentos no son convincentes para descartar ni la proporcionalidad ni por ello la concurrencia de todos los requisitos del ejercicio del deber.

A la vista de los hechos esta Sala alcanza la conclusión contraria a la de la instancia. La audacia y obstinación del delincuente —abusando de su confianza en la humanidad del policía y en las cicateras valoraciones del uso del arma, como la que aparece en la Sentencia, que llevarían prácticamente a bloquear absolutamente su uso—, fue lo que ocasionó el riesgo y, en definitiva, la indole del impacto se debió a sus movimientos irregulares para esquivar la puntería, aunque por paradoja del destino llevaran precisamente al efecto contrario, agravando sus consecuencias. Lo que cuestiona seriamente la responsabilidad culposa al romper el nexo en que basar la imputación objetiva.

No quedaba al guardián otro medio, salvo la pasividad y por tanto la permisión de la fuga, conducta no exigible jurídicamente, pues se opondría al deber del cargo.

Así hay necesidad y proporcionalidad que ha de predicarse del medio, no del resultado, que en este caso se sale de todo principio de culpabilidad.

En cuanto a las secuelas irrogadas al evadido, es previsible que puedan acabar repercutiendo en la Administración pública por vía de beneficencia o de prestación social no contributiva pero no de obligación derivada de Sentencia penal.

RETENCIÓN Y PRESENTACIÓN, DILIGENCIA DE IDENTIFICACIÓN Y CACHEO

Valor probatorio (Sentencia de 15 de abril de 1993)

La absolución decretada por los jueces de instancia se apoya, según consta en los escuetos hechos que reseña, en que no estaba acreditado que la Policía hubiere encontrado, en poder de la acusada, una bolsa conteniendo 7,9 gramos de heroína, si bien en la formación y redacción de la Sentencia aparecen expuestos, como introducción a aquéllos, los que denomina antecedentes procesales en donde consta: *a)* Que la inculpada dijo en el acto del juicio oral que la droga era para su consumo y para sus amigos; *b)* Que los funcionarios policiales hicieron ver en la Comisaría que habían procedido a la identificación de la acusada», y de su acompañante, «porque observaron que, provenientes de casas circundantes, se introducían en un coche, todo ello en un barrio visitado por jóvenes» y en el que «se trafica con la venta de la droga», y *c)* Que, aunque no se exprese así, como consecuencia de lo anterior la Policía cacheó a la pareja con el resultado que ya consta respecto de la heroína incautada.

La tesis de la Audiencia apunta la conclusión absolutoria por estimar que la diligencia de identificación y cacheo es nula de pleno derecho por carecer la Policía de facultades para actuar como lo hizo.

La retención y presentación pueden ser medidas restrictivas de la libertad a las que deben aplicarse cuantas prevenciones se establecen respecto de la detención propiamente dicha, aunque el Tribunal Constitucional haya venido marcando, no sin ciertas dudas, las matizaciones correspondientes.

En principio podría decirse que cualquier retención realizada por la Policía contra la voluntad de la persona supone una auténtica privación de libertad, lo mismo si a continuación pasare ésta a presencia judicial o a disposición judicial. Mas la cuestión no es tan simple como para generar tan fácil y rápida conclusión.

De un lado, y en la Jurisdicción civil, se producen órdenes de presentación que los jueces imparten a la Policía para la ejecución de sus Sentencias en orden a los pleitos familiares, siempre en el contexto de los artículos 32.2 y 118 de la Constitución y de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Reglamento de la Policía Judicial de 19 de junio de 1987 o de la misma Ley Orgánica de los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado

de 13 de marzo de 1986, órdenes que en ningún caso implican privaciones de libertad en el sentido jurídico-penal que el concepto comporta.

De otro lado, ahora en la Jurisdicción penal, están las órdenes de los Jueces, también a la Policía, para las presentaciones a las que se refiere el artículo 420 en el caso de testigos.

Pero si estas presentaciones obligatorias de testigos sólo pueden interpretarse como restrictivas de la libertad de manera tal que para su ejecución han de tenerse presentes las prevenciones de los artículos 489 y siguientes de la tan repetida norma procesal (aunque la Ley hable de simple conducción a la presencia judicial), el problema es, sin embargo, más difícil en los supuestos de retención. Las restricciones a la capacidad deambulatoria van unidas, jurídica y conceptualmente, por su analogía. De ahí la también analogía de los razonamientos que se han empleado para justificar la legitimidad de retenciones, cacheos, identificaciones, etc.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1986, de 10 de julio, se refería a un Auto dictado por un Juzgado de Instrucción que denegó la solicitud del *habeas corpus*. Se trataba de varias personas, que se estimaba iban conduciendo bajo la influencia de bebidas alcohólicas por una vía pública, las que fueron llevadas contra su voluntad a una Comisaría en donde hubieron de permanecer un cierto tiempo sin que fueran informadas de sus derechos ni comunicada la situación al Servicio de Asistencia del Colegio de Abogados, circunstancias todas por las que se denegó aquel *habeas corpus*, pues los reclamantes no habían llegado a estar privados de libertad. El Tribunal Constitucional señala cómo de esta manera, incorrectamente, se viene a dar por buena la figura, no contemplada en la Ley Procesal Penal, de la retención, según la cual sería posible retener a alguien contra su voluntad en una dependencia policial, sin dar cumplimiento a lo prevenido en el artículo 520 de aquélla. La Sentencia, en definitiva, seguía la orientación marcada en su momento por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 6 de noviembre de 1980 (caso Guzzardi).

Sin embargo, también es evidente que mal puede darse cumplimiento al artículo 104 de la Constitución así como también al ya citado artículo 11, f) de la Ley Orgánica de 13 de marzo de 1986 al principio referida, protegiendo el libre ejercicio de los derechos y libertades así como garantizando la seguridad ciudadana, si no se pueden efectuar ya actividades de prevención tendientes precisamente a tal fin.

Por eso hay que decir que la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1985, de 7 de octubre, en relación también a un acto preventivo realizado

por la Policía respecto de una prueba de alcoholemia, señaló que la puesta en práctica de las «normas de Policía» sobre identidad y estado de los conductores no requieren someterse a las exigencias constitucionales del artículo 17.3 de la Constitución, sin que la persona sometida a tal medida preventivo-policial pueda, a estos efectos, considerarse como detenida. Argumentaciones todas que, ha de insistirse, son asumibles en el área de otras limitaciones de derechos.

La verificación de la prueba que se considera, según esa resolución, supone para el afectado un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de Policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la seguridad, de tal manera, se insiste, que las garantías del repetido artículo 17.3 están dispuestas en protección del detenido, mas no para quien quiera que se halle sujeto a simples normas de policía de tráfico.

Hay un grave error de planteamiento por parte del que impugna la actuación policial, puesto que no es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el artículo 17 de la Constitución con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto, independientemente del valor probatorio que después se dé a esas diligencias.

Quizás para armonizar estas resoluciones del Tribunal Constitucional hayan de conocerse los supuestos de caso concreto que aunque análogos en apariencia, pueden ser sustancialmente distintos, porque en realidad la primera de ellas no afirma que toda restricción de libertad suponga la aplicación, por principio, del artículo 17.3. Y es que la proporcionalidad se constituye en el eje definidor de lo permisible, de ahí que haya de estarse a los hechos concretos acaecidos. Es necesario guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio, deterioro o menoscabo que en estos casos ha de sufrir la dignidad de la persona. Por eso que una y otra Sentencias puedan aparecer como aparentemente contrapuestas.

Por ello, la doctrina anterior ha de ser extensible a los cacheos, así concretamente lo ha entendido el mismo Tribunal Constitucional (recursos de amparo 2260/1991 y 2262/1991) al indicar que el derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la Ley, así como el derecho de los españoles a circular libremente por el territorio nacional, no se ven afectados por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aunque éstas comporten inevi-

tablemente molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica supone para el afectado un sometimiento legítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de Policía.

En consecuencia, la conducta de la Policía al cachear a un sospechoso, en lugar también sospechoso, y encontrarle una cantidad relativamente importante de heroína, supone una actuación lícita y legítima como lo es la prueba de esta forma obtenida que de ninguna manera incide en la nulidad que se previene en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No se puede tachar de irracional o de ilógica la actuación de investigación policial. Los miembros de las Fuerzas de Seguridad tienen no el derecho sino la obligación de defender la seguridad y el orden, persiguiendo el delito en todas sus manifestaciones.

Con ello la conculcación del derecho a un proceso con todas las garantías ha sido evidente, si éste ha de entenderse como el derecho a que las actuaciones judiciales en su conjunto, y para todas las partes, se lleven a efecto con la observación de cuantas normas aseveren la legalidad y la legitimidad, en la forma y en el fondo, con objeto de que las pretensiones que se ventilen, se acepten o se rechazen, amparadas con el manto de la constitucionalidad.

DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

(Sentencia de 13 de mayo de 1993)

La Sentencia recurrida condenó a J.L.C.F. como autor de dos delitos, ambos de carácter continuado, uno de falsedad y otro de estafa. Dicho condenado recurrió en casación alegando infracción del derecho a un proceso penal con todas las garantías, entre las que se encuentra el derecho a un Juez o Tribunal imparcial, fundándose en que uno de los magistrados que dictó la Sentencia recurrida, precisamente el ponente, intervino en el trámite de instrucción dictando el auto de admisión a trámite de la querella con la que se inició el procedimiento y una providencia acordando la citación del querellado para recibirle la declaración.

Una de las características del proceso penal acusatorio, que es el modelo acogido por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1881, frente al sistema inquisitivo propio del Antiguo Régimen, es que el instructor de la causa no puede formar parte del Tribunal competente para conocer del juicio y

dictar Sentencia, estableciéndose en el número 12 de su artículo 54 tal circunstancia como motivo de recusación, con el correlativo deber de inhibición o abstención del funcionario que se encontrara en aquella situación conforme lo ordena su artículo 55.

Nada tiene que ver con el tema aquí planteado la excepción que a tal causa de abstención y recusación se estableció para los procedimientos en que se permitió que fallara un Juez unipersonal (STC 145/1988, de 12 de julio), pero sí el contenido de esta resolución y de otras del mismo Tribunal, que consideraron que el vicio procesal consistente en conocer y sentenciar la causa penal por parte de quien antes la había instruido constituye violación de una de las garantías fundamentales en esta clase de procedimiento.

Entiende el Tribunal Constitucional en la mencionada Sentencia y en otras muchas que el derecho a un Juez imparcial, consagrado en los artículos 6.1 del Convenio de Roma de 1950 y 14.1 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, queda afectado por la falta procesal ahora examinada, porque lesiona la imparcialidad objetiva, llamada así por derivar de la relación que el Juez ha tenido antes con el objeto del proceso, frente a la imparcialidad subjetiva que procede de una relación determinada con alguna de las partes, siendo tal imparcialidad, como es obvio, una de las exigencias que forman parte del contenido del derecho a un proceso, con todas las garantías a que se refiere el mencionado artículo 24.2, y en este sentido se ha pronunciado ya reiteradamente esta Sala en Sentencias recientes (4 y 30 de abril y 24 de junio 1991).

Ahora bien, no toda actuación de un determinado Juez en la instrucción del sumario le incapacita para poder actuar después como Juez unipersonal o Magistrado del Tribunal que haya de sentenciar la correspondiente causa penal, pues hay actos de mero trámite que en este punto carecen de significación porque en realidad no requieren un contacto en detalle con el contenido de las actuaciones (reclamación de antecedentes penales o informes de conducta, o señalamiento para el juicio); pero sí merman dicha imparcialidad el someter a interrogatorio a un imputado, o el acordar sobre su prisión o libertad.

Como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 151/1991, de 8 de julio, «es el examen de lo actuado en el caso concreto lo que determinará la apreciación de si el Juez que decide la causa realizó verdadera actividad instructora».

En el supuesto presente sólo existieron dos intervenciones en el trámite de instrucción por parte del Magistrado que formó parte de la Sala Sen-

tenciadora, una providencia de mero trámite por la que se ordenaba la citación del querellado para recibirle declaración que, a los efectos aquí examinados, carece claramente de significación, y otra consistente en el auto de admisión a trámite de la querella con la que se inició la presente causa, respecto de la cual se entiende que tampoco lesionó la imparcialidad objetiva:

1.º) Para resolver sobre la admisión de un escrito de querella basta examinar los hechos alegados en el mismo a fin de comprobar si son o no delictivos y si es o no competente el Juzgado para conocer de la instrucción de la causa (artículo LECrim) y para verificar si concurren o no los requisitos formales exigidos por los artículos 270 y siguientes de tal Ley Procesal.

2.º) Para tal clase de resolución el Juez no ha de entrar en contacto con ningún medio de prueba ni diligencia de investigación. Ni siquiera tiene que examinar los documentos que se adjuntan con la querella, salvo el poder del Procurador, pues para comprobar si el hecho es delictivo ha de estarse a las alegaciones que se formulan y no a las pruebas documentales que se presentan en ese acto o a las de otra clase que en el mismo se proponen para su ulterior realización.

3.º) En el caso presente los hechos narrados en la querella no requerían un estudio minucioso para comprender que la actuación del querellado, conforme a tal narración, era claramente delictiva, pues comprendía una serie de operaciones que implicaban a primera vista alteraciones mendaces en las cuentas de distintos clientes y el resultado de sucesivas apropiaciones de dinero, y así se pone de manifiesto por lo escueto de la resolución que se dictó al efecto y porque el Juez no era el titular del órgano, sino que se encontraba al frente del Juzgado en funciones, es decir, sustituyendo al titular por vacante, permiso o vacaciones. El titular se abstuvo de intervenir como magistrado en el juicio oral precisamente por haber actuado como instructor en la misma causa.

Todo lo expuesto revela que el Magistrado que actuó de ponente en la Sentencia recurrida tuvo una intervención mínima durante el periodo de instrucción de la causa a través de dos resoluciones que únicamente revelan un contacto muy superficial y sucinto con el procedimiento, cuando éste aún propiamente no había comenzado a tramitarse, lo que se reputa como notoriamente insuficiente para que dicho Magistrado pudiera haberse formado un criterio sobre los hechos con el que ya hubiera prejuzgado en su fuero interno la forma en que ocurrieron o su calificación jurídica antes de actuar en el periodo del juicio oral. Desde luego, no consta que participara en

ningún acto de investigación propio de la instrucción ni que recibiera declaración alguna o adoptara resolución de prisión, libertad o medida cautelar de otro tipo.

DELITO PROVOCADO

(Sentencia de 21 de mayo de 1993)

No es pacífica en la doctrina penal la admisión de la figura del agente provocador, y cierto sector de la misma propugna la prohibición de estos medios de actuación policial porque lesionan los principios inspiradores del Estado de Derecho y vulneran la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución Española. De este criterio radical se han hecho eco algunas resoluciones de esta Sala, pero el criterio que ha prevalecido es el que admite la figura expresada cuando no hay quebranto para el principio de legalidad, lo que acaece cuando se trata de descubrir delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes policiales no buscan y provocan la comisión del delito, sino poner al descubierto los canales por los que fluye y se realiza este tráfico ilícito, tratando, en definitiva, de obtener pruebas de una actividad sobre la que abrigan fundadas sospechas. En este sentido viene pronunciándose esta Sala en Sentencias, entre otras, de 30 de marzo, 25 de junio y 26 de septiembre de 1990 y 10 de junio de 1992, debiendo mencionarse también la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de febrero de 1993, en apoyo de la constitucionalidad de estas actividades cuando en ellas concurren los matices indicados. Se distingue, en definitiva, entre el delito provocado, que se produce *ex novo* como consecuencia de la inducción y que no puede ser tenido en cuenta a los efectos de la represión penal, y la provocación policial, que levanta el velo de una situación preexistente penalmente caracterizada de la que se tenían simples indicios o sospechas.

Al descender al supuesto de hecho enjuiciado, en la vía del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que suscita el primer motivo del recurso, se advierte que la sospecha de dedicarse al tráfico resulta, en principio, fundada, cuando se llega a tomar contacto y concertar con los acusados una permuta —que no llega a consumarse— de 1 kilogramo de heroína por 4 kilogramos de hachís y 1 de cocaína; surgen, después,

nuevas conversaciones que culminan el 13 de enero de 1993 con la entrega de 90 gramos de heroína adicionada con novocaina —procaina— advirtiendo a los agentes-compradores que era «el resto que quedaba y que tuviese cuidado dónde la soltaba ya que era de las que explota y mata». Estas expresiones patentizan una actividad de distribución y venta de droga anterior a la provocación policial porque se refería a substancia estupefaciente «restante», y advertía, con conocimiento derivado de la experiencia, de la intensidad de sus efectos; en cualquier caso existía una posesión de drogas —resto de un alijo— en una cantidad que excedía —aun en la hipótesis más favorable— de las previsiones de un normal consumidor. Hay, por lo tanto, el delito previsto en el artículo 344 del Código Penal vigente en la fecha de su comisión.

